

**Rechtsanwalt Dr. Friedrich Graf von Westphalen, Köln**

## Rechtliche Qualifizierung des Leasing

### Steuer- und kreditrechtliche Fußnoten

In letzter Zeit haben Lieb<sup>1</sup> und Papapostolou<sup>2</sup> heftige Kritik an der Rechtsprechung des BGH geübt, wonach Finanzierungs-Leasingverträge „in erster Linie“ den mietvertraglichen Bestimmungen der §§ 535 ff. BGB zugeordnet sind<sup>3</sup>. Danach gehört die Überlassung der Leasing Sache in einem gebrauchsfähigen Zustand zur „Hauptpflicht“ des Leasinggebers; der Sacherwerb durch den Leasinggeber und die anschließende Gebrauchsüberlassung an den Leasingnehmer erweisen sich – aufgrund der von beiden Vertragsparteien verfolgten Vertragsgestaltung – als so wesentlich, daß darin der „zentrale Inhalt“<sup>4</sup> des Leasingvertrages gesehen werden muß. Dagegen wendet sich die Kritik von Lieb<sup>5</sup> und von Papapostolou<sup>6</sup>. Sie ist prinzipieller Natur und keineswegs als verspäteter und von vornherein zum Scheitern verurteilter Versuch zu werten, eine festgefügte BGH-Judikatur umzustürzen. Gerade deswegen ist es wichtig, einige Grundlinien des Leasingvertrages wieder ins rechte Licht zu rücken:

### 1. Die steuerrechtliche Prämisse des Leasing

#### 1. Die Grundregel des § 39 AO

Es kann nicht oft genug betont und unterstrichen werden: Alle zivilrechtlichen Qualifikationen des Finanzierungsleasing sind untauglich, die in der Sache bedingen, daß der Grundtatbestand von § 39 Abs. 2 Nr. 1 AO verwischt oder ignoriert wird: Die Problematik eines jeden Leasingvertrages beginnt im Steuerrecht; sie entscheidet sich danach, ob das wirtschaftliche, nicht das bürgerlich-rechtliche Eigentum dem Leasinggeber oder dem Leasingnehmer gemäß § 39 Abs. 2 Nr. 1 AO zugerechnet wird<sup>7</sup>. Allein diese Sicht entspricht auch der Judikatur des BFH<sup>8</sup>. Nur wenn der Leasinggeber wirtschaftlicher Eigentümer des Leasingguts ist, ist er berechtigt, das Leasinggut als ein zu seinem Betriebsvermögen gehörendes Wirtschaftsgut in seiner Handels- und in seiner Steuerbilanz auszuweisen. Mehr noch: Durch Abschluß des Leasingvertrages und Übergabe des Leasingguts an den Leasingnehmer kommt es gerade nicht zu einer Veräußerung und damit – dies muß unterstrichen werden – auch nicht zu einer Gewinnrealisierung<sup>9</sup>. Demzufolge weist auch der Leasinggeber nicht die abgezinsten Summe aller Leasingraten als „Erlös aus Lieferungen“ aus, sondern die Leasingraten sind Ertrag des jeweiligen Wirtschaftsjahres, auf das sie entfallen.

Ist hingegen der Leasingnehmer wirtschaftlicher Eigentümer des Leasingguts, so muß er das Leasinggut als Bestandteil seines Betriebsvermögens in seiner Handels- und in seiner Steuerbilanz ausweisen; die Anschaffungskosten werden dabei durch Abzinsung der Summe der Leasingraten – unter Hinzurechnung etwaiger Nebenkosten – abgezinst<sup>10</sup>. Zur Folge hat dies, daß der Leasingnehmer die so ermittelten Anschaffungskosten im Wege der AfA als Betriebsausgaben absetzen kann,

wobei die betriebsgewöhnliche Nutzungsdauer des Leasingguts Maß gibt. Darüber hinaus ist der Leasingnehmer berechtigt, die in den jeweiligen Leasingraten enthaltenen Zinsanteile als Betriebsausgaben zu behandeln. Demgegenüber ist der Leasinggeber verpflichtet, seine Kaufpreisforderung in Höhe der – abgezinsten – Summe der Leasingraten zu aktivieren<sup>11</sup>.

An diesen Grundtatbestand ist deswegen zu erinnern, weil sich die Zurechnungsfrage ausschließlich nach dem typischen Geschehensablauf entscheidet<sup>12</sup>. Es ist also davon auszugehen, daß der Leasingnehmer – entsprechend der Regeltypizität – seinen Vertrag gegenüber dem Leasinggeber ordnungsgemäß erfüllt, wobei es auch für die Frage der wirtschaftlichen Zurechenbarkeit des Leasingguts auf die von beiden Parteien gewählte Vertragsform ankommt.

#### 2. Der Teilamortisationserlaß vom 22. 12. 1975<sup>13</sup>

Es muß nachhaltig unterstrichen werden: Der in § 39 Abs. 2 Nr. 1 AO enthaltene Tatbestand des wirtschaftlichen Eigentums ist unter Berücksichtigung der BFH-Judikatur<sup>14</sup> der Grundtatbestand. Deshalb ist in steuerrechtlicher Hinsicht auch keine Differenzierung zwischen dem Vollamortisations-Erlaß vom 16. 4. 1971<sup>15</sup> und dem Teilamortisations-Erlaß vom 22. 12. 1975<sup>16</sup> angezeigt: Während der Teilamortisations-Erlaß vom 19. 4. 1971<sup>17</sup> die Zurechnungsfrage für die von diesem Erlaß erfaßten Vollamortisations-Vertragstypen „regelmäßig“ beantwortet, macht auch der Teilamortisations-Erlaß vom 22. 12. 1975<sup>18</sup> eine deutliche, auf die Vertragsgestaltung abhebende Ausnahme. Denn es heißt abschließend: „Die vorstehenden Ausführungen gelten nur grundsätzlich, d. h. nur insoweit, wie besondere Regelungen in Einzelverträgen nicht zu einer anderen Beurteilung zwingen“<sup>19</sup>.

1 Lieb, DB 1988 S. 946 ff.

2 Papapostolou, Die Risikoverteilung beim Finanzierungs-Leasingvertrag über bewegliche Sachen, 1987.

3 BGH, BB 1986 S. 19; BGH, BB 1986 S. 900.

4 BGH, BB 1986 S. 19, 20.

5 Lieb, a.a.O.

6 S. 36 ff.

7 Bordewin, Leasing im Steuerrecht, 2. Aufl., S. 23 f.

8 BStBl. II 1970 S. 264; BFH, BStBl. II 1971 S. 133.

9 Bordewin, a.a.O., S. 26.

10 Bordewin, a.a.O., S. 27.

11 Bordewin, a.a.O.

12 BFH, BStBl. II 1970 S. 264, 272 f.

13 BB 1976 S. 62.

14 BFH, BStBl. II 1970 S. 264.

15 BB 1971 S. 506.

16 BB 1976 S. 62.

17 BB 1971 S. 506.

18 BB 1976 S. 62.

19 BB 1976 S. 62 f.

Die für alle Teilamortisations-Verträge nach Ansicht des BGH eingeforderte Vollamortisationspflicht des Leasingnehmers<sup>20</sup> hat indessen mit der Frage, ob der Leasinggeber oder der Leasingnehmer wirtschaftlicher Eigentümer des Leasingguts im Sinn von § 39 Abs. 2 Nr. 1 AO ist, nichts zu tun. Vielmehr entscheidet sie sich ausschließlich danach, ob – unter Berücksichtigung der jeweiligen Vertragsgestaltung – der Leasinggeber die Chance der Wertsteigerung, der Leasingnehmer hingegen das Risiko der Wertminderung trägt<sup>21</sup>. Dabei ist entscheidend, ob der Leasinggeber – unter Berücksichtigung des gewöhnlichen Vertragsablaufs – in der Lage ist, nach Ende der Grundmietzeit den dann noch im Leasinggut verkörperten wirtschaftlichen Mehrwert – oberhalb des ihm zustehenden Vollamortisationsanspruchs – zu realisieren. Demgegenüber trägt der Leasingnehmer das Risiko der Wertminderung, sofern aus der Vertragsgestaltung abzuleiten ist, daß er verpflichtet ist, entweder das Andienungsrecht des Leasinggebers anzunehmen, oder daß er sich vertraglich gebunden hat, eine – modellspezifisch ausgeprägte – Abschlußzahlung zu leisten<sup>22</sup>.

Hält man also entsprechend der Vorgabe des Teilamortisations-Erlasses vom 22. 12. 1975<sup>23</sup> die „besonderen Regelungen in Einzelverträgen“ für die steuerrechtliche Zuordnungsfrage für maßgeblich, so folgt daraus zwingend: Ohne Rücksicht auf die vertraglichen Regelungen des Einzelfalls kann auch die Vollamortisationspflicht des Leasingnehmers nicht als „immanente“<sup>24</sup> oder gar als „leasingtypische“<sup>25</sup> Pflicht bewertet werden. Dies käme einer unzulässigen *petitio principii* gleich: Das Steuerrecht muß autonom im Sinn von § 39 Abs. 2 Nr. 1 AO – unter Berücksichtigung des typischen Geschehensablaufs und der entsprechenden vertraglichen Ausgestaltungen – beurteilen, ob der Leasinggeber oder Leasingnehmer wirtschaftlicher Eigentümer des Leasingguts ist, und ob der Leasingnehmer zur Vollamortisation des Leasinggebers verpflichtet ist, ist das Ergebnis vertraglicher Gestaltung.

Dieser Zusammenhang ist auch ohne weiteres einsichtig, wenn man sich vergegenwärtigt, daß der Tatbestand des § 39 Abs. 2 Nr. 1 AO die gesetzliche Grundnorm ist, der sowohl die einzelnen Modelle des Vollamortisations-Erlasses vom 16. 4. 1971<sup>26</sup> als auch die des Teilamortisations-Erlasses vom 22. 12. 1975<sup>27</sup> entsprechen. Anders gewendet: Die gesetzliche Ausprägung des Begriffs des wirtschaftlichen Eigentums, wie sie in § 39 Abs. 2 Nr. 1 AO vorgenommen wurde, hat in bezug auf die Leasing-Erlasse der Finanzverwaltung nur eine Verdeutlichung der bis dahin bestehenden Rechtslage gebracht<sup>28</sup>. Mehr noch und ganz entscheidend: Leasing im Sinn von § 39 Abs. 2 Nr. 1 AO kann auch ohne weiteres dann vorliegen, wenn und soweit die Tatbestandselemente der Erlasse<sup>29</sup> im Einzelfall nicht erfüllt sind. Demzufolge kann – abhängig von der jeweiligen Vertragsgestaltung – der Leasinggeber auch dann wirtschaftlicher Eigentümer des Leasingguts sein, wenn und soweit der Leasinggeber keinen Vollamortisationsanspruch hat<sup>30</sup>.

## II. Die zivilrechtliche Einordnung des Finanzierungs-Leasing

Wenn es zutreffend ist, daß die steuerrechtlichen Prärogativen des Leasing – gemessen am Tatbestand des wirtschaftlichen Eigentums des Leasinggebers nach § 39 Abs. 2 Nr. 1 AO – durch die zivilrechtliche Einordnung des Leasing nicht gestört werden dürfen, so sind aufgrund steuerrechtlicher Erwägungen alle Meinungen abzulehnen, die im praktischen Ergebnis das wirtschaftliche Eigentum des Leasinggebers gefährden.

### 1. Die Auffassung von Papapostolou

Papapostolou<sup>31</sup> geht nach eingehender Analyse der Ergebnisse der Judikatur davon aus, daß es für die zivilrechtliche Einordnung des Finanzierungs-Leasingvertrages keinen Vertragstypus gibt, der dem gesetzlichen Erscheinungsbild entspricht und demzufolge betrachtet er den Finanzierungs-Leasingver-

trag unter der Perspektive der Verbindung mehrerer Vertragstypen<sup>32</sup>. Im Vordergrund steht für ihn die Erkenntnis, daß die Stellung des Leasingnehmers „derjenigen eines Käufers weitgehend entspricht“<sup>33</sup>. Denn: „Beim Kauf wird das Schuldverhältnis vom Interesse des Käufers beherrscht, die Sache nach eigenen Vorstellungen verwenden zu dürfen“<sup>34</sup>. Darüber hinaus meint Papapostolou, dem Finanzierungs-Leasingvertrag darlehensrechtliche Elemente zuordnen zu können<sup>35</sup>. Demzufolge hat der Leasinggeber einen Anspruch auf den „Kaufpreis, der aber kreditiert und als Vereinbarungsdarlehen im Sinn von § 607 Abs. 2 BGB geschuldet wird“<sup>36</sup>. Entscheidend hebt Papapostolou<sup>37</sup> dann darauf ab, daß die Vereinbarungen, welche für die „Zeit nach Grundvertragsende getroffen werden“ „getrennt zu beurteilen“<sup>38</sup> sind. Unter Berufung auf die Ausführungen von Walz<sup>39</sup> erklärt er abschließend<sup>40</sup>, die Wertung, nach der die steuerrechtliche Zuordnung des Leasingguts vorgenommen werde, habe mit derjenigen wenig gemein, die für die zivilrechtliche Einordnung maßgebend sei. Schließlich bleibe die steuerrechtliche Zuordnung des Leasingguts als wirtschaftliches Eigentum des Leasinggebers deswegen unangetastet, weil das kaufvertraglich erworbene Nutzungsrecht des Leasingnehmers lediglich für die Dauer des Grundmietvertrages, also: für mindestens 40 %, maximal aber für 90 % der betriebsgewöhnlichen Nutzungsdauer des Leasingguts, vorgesehen sei<sup>41</sup>.

### 2. Kritische Einwände

Zwar ist es sicherlich zutreffend, daß die steuerrechtliche Beurteilung nicht der zivilrechtlichen Kategorisierung folgt<sup>42</sup>. Dennoch: Die zivilrechtliche Typisierung des Finanzierungs-Leasingvertrages darf nicht derart sein, daß damit im Ergebnis der Tatbestand des dem Leasinggeber zuzurechnenden wirtschaftlichen Eigentums im Sinn von § 39 Abs. 2 Nr. 1 AO in Frage gestellt wird. Just dies aber ist – entgegen der Auffassung von Papapostolou<sup>43</sup> – bei seiner Kategorisierung des Leasing der Fall: Wenn nämlich Leasing ein Schuldverhältnis ist, welches – ähnlich dem Kauf – „vom Interesse des Käufers beherrscht“<sup>44</sup> wird, so ist damit in wirtschaftlicher Hinsicht der Tatbestand des „unmittelbaren Sachinteresses“<sup>45</sup> bezeichnet, der steuerrechtlich dem Tatbestand der tatsächlichen Sachherrschaft<sup>46</sup> entspricht: Die tatsächliche Sachherrschaft steht jedoch im Gegensatz zum bürgerlich-rechtlichen Eigentumsbegriff, so daß der bürgerlich-rechtliche Eigentümer dann nicht wirtschaftlicher Eigentümer ist, wenn er während der gewöhnlichen Nutzungsdauer von der Einwirkung auf das Wirtschaftsgut wirtschaftlich ausgeschlossen ist<sup>47</sup>.

20 Grundlegend BGH, WM 1985 S. 860.

21 Bordewin, a.a.O., S. 63.

22 Im einzelnen Graf von Westphalen, Der Leasingvertrag, Rz. 95 ff.

23 BB 1976 S. 62.

24 BGH, WM 1985 S. 860, 864.

25 BGH, a.a.O.

26 BB 1971 S. 506.

27 BB 1976 S. 62.

28 Spittler, Leasing, 2. Aufl., S. 71.

29 BB 1976 S. 62.

30 Dieser Tatbestand wurde vom BGH, 1987 S. 150 übersehen: Pkw-km-Abrechnungs-Vertrag.

31 Papapostolou, S. 57 f.

32 Papapostolou, S. 58.

33 Papapostolou, S. 58; im einzelnen auch S. 52 ff.

34 S. 54 f. unter Berufung auf Fikentscher, Schuldrecht, S. 485, der im Leasingvertrag einen Nutzkauf sieht.

35 S. 58 ff.

36 Papapostolou, S. 59.

37 S. 59 f.

38 Papapostolou, S. 60.

39 Walz, WM-Beilage Nr. 10/1985 S. 17 ff.

40 Papapostolou, S. 60.

41 Papapostolou, S. 60.

42 BFH, BStBl. II 1970 S. 264, 268.

43 Papapostolou, S. 60.

44 Papapostolou, S. 54 f.

45 Papapostolou, S. 55.

46 Bordewin, a.a.O., S. 30.

47 Bordewin, a.a.O.

Im Gegensatz zu der von Papapostolou<sup>48</sup> vertretenen Ansicht kommt es deshalb auch für die Zuordnung des Leasingguts nicht entscheidend darauf an, daß der Leasinggeber als wirtschaftlicher Eigentümer „ein Interesse an der Verwirklichung des Restwerts“ des Leasingguts hat. Denn die im „Restwert“ verkörperte Chance der Wertsteigerung ist nur ein Indiz für das wirtschaftliche Eigentum des Leasinggebers; und es beherrscht nur die Modelle des Teilamortisations-Erlasses vom 22. 12. 1975<sup>49</sup>. Mehr noch: Die Zuordnung des Leasingguts zum Leasinggeber als dem wirtschaftlichen Eigentümer setzt voraus, daß der bürgerlich-rechtliche Eigentümer auf Dauer von der Einwirkung auf das Leasinggut ausgeschlossen wird<sup>50</sup>. Durch den Abschluß des Leasingvertrages darf es – steuerrechtlich gewertet – gerade nicht zu einem Veräußerungstatbestand kommen; insbesondere ist die Summe der – abgezinsten – Leasingraten gerade nicht als Erlös aus Lieferungen/Leistungen zu behandeln.

Genau dies aber ist die zwingende Konsequenz einer kaufrechtlichen Einordnung des Finanzierungsleasing. Denn die Rechtsposition des Käufers – und beim Kauf eines Nutzungsrechts gilt nichts anderes – ist immer derart, daß sie auf Dauer den bürgerlich-rechtlichen Herausgabeanspruch des Leasinggebers/Verkäufers sperrt. Notwendigerweise ist die aufgrund eines Kaufvertrages durchgeführte steuerrechtliche Zuordnung des Leasingguts auch als Einheit zu behandeln; die von Papapostolou vorgenommene Trennung zwischen Grundmietzeit und „Zeit nach dem Grundvertragsende“<sup>51</sup> ist steuerrechtlich verfehlt, weil die Bilanzierung eines Wirtschaftsguts nur nach einheitlichen Kriterien vorgenommen werden darf.

Mit einem Wort: Wenn Finanzierungs-Leasingverträge in der Tat – so Papapostolou – auf die kaufrechtliche Übertragung eines zeitlich begrenzten Nutzungsrechts abzielen, liegt ein typisches Erwerbsgeschäft vor; mit Leasing im Sinn von § 39 Abs. 2 Nr. 1 AO hat dies nichts mehr zu tun, weil dann der Leasingnehmer als wirtschaftlicher Eigentümer des Leasingguts anzusehen ist.

### 3. Die Auffassung von Lieb<sup>52</sup>

Mit teils sicherlich übertriebener verbaler Vehemenz<sup>53</sup> meint Lieb, der Finanzierungs-Leasingvertrag sei unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Gegebenheiten als Vertrag sui generis, nicht aber als atypischer Mietvertrag einzuordnen. Zur Folge hat diese Auffassung, daß für die richterliche Inhaltskontrolle § 9 Abs. 2 Nr. 2 AGB-Gesetz heranzuziehen ist, nicht aber das Leitbild der mietvertraglichen Bestimmungen nach §§ 535 ff. BGB. Insbesondere wendet sich Lieb dagegen, im Rahmen der Gewährleistungshaftung den Leasinggeber als Vermieter nach §§ 536, 537, 538 BGB zu verpflichten<sup>54</sup>. Nach Lieb<sup>55</sup> hat vielmehr der Leasinggeber für das Mißlingen der Investitionsentscheidung des Leasingnehmers keine unmittelbare Verantwortlichkeit; insbesondere meint Lieb, daß das von der BGH-Judikatur entwickelte Äquivalenzprinzip von Leistung und Gegenleistung – unter Berücksichtigung der mietvertraglichen Prämissen – schon vom Ansatz her verfehlt sei<sup>56</sup>.

Wirtschaftlich betrachtet ist nach Ansicht von Lieb<sup>57</sup> Identität zwischen einem Finanzierungs-Leasingvertrag einerseits und einer Darlehensgewährung andererseits festzustellen: Auch beim Darlehensvertrag ist ja anerkanntermaßen die Verpflichtung des Darlehnehmers, Darlehn und Zinsen zurückzuzahlen von der Brauchbarkeit des mit den Darlehensmitteln angeschafften Wirtschaftsgutes unabhängig.

### 4. Kritik

Bereits die Prämisse von Lieb<sup>58</sup> findet in der Wirklichkeit keine Entsprechung. Sicherlich, der Leasingnehmer sucht bei einem bestimmten Lieferanten das für ihn geeignete Wirtschaftsgut aus, welches sodann vom Leasinggeber erworben wird. Doch es ist nicht zu erkennen, aus welchen Gründen der Leasinggeber „gerade nicht verspricht, daß der Leasinggegen-

stand die Eignung aufweist, die für die Zwecke des Leasingnehmers erforderlich ist“<sup>59</sup>. Unabhängig davon, ob der Leasinggeber in der Lage ist, das Leasinggut vor Auslieferung an den Leasingnehmer – auf seine Eignung und Tauglichkeit zu prüfen, ist aus der Perspektive des Leasingnehmers in der Praxis allemal eindeutig, daß der Leasinggeber – gerade auch im Hinblick auf die Tauglichkeit/Funktionstüchtigkeit des Leasingguts – die gleiche Einstandspflicht gegenüber dem Leasingnehmer übernimmt, die seinerseits der Lieferant übernommen hätte, wenn statt des Leasingvertrages ein Kauf- oder Werkvertrag mit dem Leasingnehmer abgeschlossen worden wäre. Beide Vertragsformen sind – aus der Perspektive des Leasingnehmers – austauschbar.

Deshalb ist es unzutreffend, wenn Lieb meint<sup>60</sup>, die Eignung des Leasingguts sei lediglich „Motiv des Leasingnehmers für den Abschluß des Leasingvertrages“, ohne daß der Leasinggeber seinerseits „eine entsprechende Gewähr, eine entsprechende Einstandsverpflichtung“ hierfür übernimmt, weil diese „dem Leasingvertrag von vornherein fremd“<sup>61</sup> ist. Zwischen einem einseitigen Motiv und einer stillschweigenden Willensübereinstimmung ist ohnehin in der Regel schwer zu differenzieren; die Grenzen sind fließend. Dies gilt auch hier: Gerade wenn man berücksichtigt, daß der Leasinggeber ein vitales Interesse daran hat, als wirtschaftlicher Eigentümer des Leasingguts nach § 39 Abs. 2 Nr. 1 AO aufzutreten, kann es nicht in seinem wohlverstandenen Interesse liegen, ein gebrauchsuntaugliches/funktionsuntüchtiges Leasinggut in seinem Anlagevermögen zu aktivieren. Sein Interesse ist zwingend darauf gerichtet, daß das jeweilige Leasinggut fungibel ist, zumal erst die Verwertung des Leasingguts die Gewinnrealisierung – konservative Bilanzierung vorausgesetzt – darstellt. Erst dadurch wird unmittelbar seine Vermögenssphäre betroffen. Dies gilt auch dann, wenn der Leasingnehmer aufgrund der ihm zedierten Gewährleistungsansprüche nach §§ 459 ff. BGB die Wandelung gegenüber dem Lieferanten des Leasingguts erklärt und vollzieht<sup>62</sup>. Ignoriert man aber den von der BGH-Judikatur<sup>63</sup> aus zutreffenden Gründen aufgestellten Grundsatz, daß der Vollzug der Wandelung im Verhältnis zwischen Leasingnehmer – Lieferant des Leasingguts unmittelbar dazu führt, daß dem Leasingvertrag von Anfang an die Geschäftsgrundlage gemäß § 242 BGB fehlt, so bleibt dem Leasinggeber – darauf zielt offenbar die Auffassung von Lieb – der Vollamortisationsanspruch gegenüber dem Leasingnehmer gleichwohl erhalten. Dies aber bedingt, daß im Vordergrund des Interesses des Leasinggebers nunmehr der Vollamortisationsanspruch steht, was eine weitere Parallelität zum Darlehensvertrag nach sich zieht.

Diese aber ist dann so stark ausgeprägt, daß kein Zweifel mehr besteht: Unter dieser darlehensrechtlichen Perspektive ist Leasing ein Bankgeschäft im Sinn von § 1 Abs. 1 Nr. 2 KWG; es ist dann die von der Gebrauchsverschaffungspflicht losgelöste Finanzierung einer Investitionsentscheidung des Leasingnehmers.

48 Papapostolou, S. 55.

49 BB 1976 S. 62.

50 Bordewin, a.a.O., S. 46.

51 Papapostolou, S. 59 f.

52 Lieb, DB 1988 S. 946 ff.

53 So insbesondere die Kritik an Wolf/Eckert, Handbuch des gewerblichen Miet- und Pachtrechts, 5. Aufl., DB 1988 S. 946, 951 f.

54 Lieb, DB 1988 S. 946, 951 f.

55 Lieb, DB 1988 S. 946, 949 f.

56 Vgl. BGH, BB 1985 S. 826.

57 Lieb, a.a.O.

58 Lieb, DB 1988 S. 946, 948.

59 Lieb, a.a.O.

60 Lieb, a.a.O.

61 Lieb, a.a.O.

62 Vgl. BGH, BB 1981 S. 2093; BGH, BB 1985 S. 826.

63 Vgl. BGH, a.a.O.

Die Definition des Begriffs „Kreditgeschäft“ in § 1 Abs. 1 Nr. 2 KWG knüpft an den Begriff des Darlehns gemäß § 607 Abs. 1 BGB an<sup>64</sup>.

Zur Konsequenz hätte dies dann auch, daß Leasinggesellschaften im Sinne von § 1 KWG Bankgeschäfte betreiben, so daß schlechthin alle Bestimmungen des KWG auf Leasinggesellschaften Anwendung fänden. Bislang freilich hatte sich die Leasingbranche strikt dagegen verwahrt, in den Anwendungsbereich des KWG hineingezogen zu werden<sup>65</sup>. Denn die Rückwirkungen einer solchen Kategorisierung wären für die Leasingbranche schlechthin katastrophal: es würde eine Marktberreinigung eintreten, die nur wenigen Leasinggesellschaften – bankenunabhängig – ihre Existenz erhalten würde: Schon die Eigenkapitalausstattung gemäß § 10 KWG wäre bei Leasinggesellschaften äußerst problematisch; und die Grenze der Großkredite gemäß § 13 KWG würde zahllose Leasinggesellschaften dazu verurteilen, Leasinggeschäfte nur noch als Vermittler abzuschließen.

Dies alles aber ist nicht interessengerecht; und es ist auch ordnungspolitisch nicht geboten.

### III. Zusammenfassung

Entgegen der Auffassung von Papapostolou<sup>66</sup> und der von Lieb<sup>67</sup> ist an der mietvertraglichen Kategorisierung des Lea-

sing als eines atypischen Mietvertrages – entsprechend der BGH-Judikatur<sup>68</sup> – festzuhalten. Denn nur diese Kategorisierung führt dazu, daß die steuerrechtlichen Prärogativen ausreichend berücksichtigt werden, weil der Leasinggeber entscheidend Wert darauf legt, als wirtschaftlicher Eigentümer des Leasingguts im Sinne von § 39 Abs. 2 Nr. 1 AO qualifiziert zu werden. Alle zivilrechtlichen Konstruktionsversuche, die diese steuerrechtliche – und interessengemäße – Eindeutigkeit gegen sich haben, sind deshalb abzulehnen. Dies gilt aber nicht minder für die nunmehr von Lieb vorgenommene darlehensrechtliche Qualifizierung des Finanzierungsleasing. Denn die unvermeidbare Konsequenz einer solchen Einordnung ist, daß Leasing als Gelddarlehen im Sinne von § 1 Abs. 1 Nr. 2 KWG bewertet wird, und daß – insbesondere – Leasinggesellschaften ein Bankgeschäft betreiben. Diese Konsequenz wäre für die Leasingbranche verheerend; man hätte in der Tat dann das Kind mit dem Bade ausgeschüttet. Denn so interessenswidrig ist die BGH-Judikatur des Finanzierungsleasing nun wirklich nicht.

64 Bähre/Schneider, KWG-Kommentar, 3. Aufl., § 1 Anm. 8.

65 Im einzelnen auch Hoppe, Leasing-Gesellschaft nach der KWG-Novelle, 1987, Passim.

66 Fn. 2.

67 Fn. 1.

68 Siehe Fn. 3 f.